

Tilburg University

Doorpakken bij het afpakken? Over de aftrek van kosten, de flexibilisering van het boeteplafond en de verhoging van de strafmaxima van de witwasdelicten, ter bestrijding van financieel-economische criminaliteit

Kooijmans, T.; Borgers, M.J.

Published in:
Delikt en Delinkwent

Publication date:
2012

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Kooijmans, T., & Borgers, M. J. (2012). Doorpakken bij het afpakken? Over de aftrek van kosten, de flexibilisering van het boeteplafond en de verhoging van de strafmaxima van de witwasdelicten, ter bestrijding van financieel-economische criminaliteit. *Delikt en Delinkwent*, 2012(8), 683-701.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Doorpakken bij het afpakken? Over de aftrek van kosten, de flexibilisering van het boeteplafond en de verhoging van de strafmaxima van de witwasdelicten, ter bestrijding van financieel-economische criminaliteit²

65

1 Inleiding

Daadkracht kan onze minister van Veiligheid en Justitie niet worden ontzegd, ook niet nu hij de demissionaire status heeft. Toen hij nog als missionair bewindsman door het leven ging, berichtte hij de Tweede Kamer in een zogenoemde 'Verzamelbrief financieel-economische criminaliteit' van 14 december 2011 onder meer omtrent zijn voornemens ten aanzien van de geldboete en de kostenaf trek bij de ontnemingsmaatregel.³ Niet alleen 'moet de crimineel financieel worden geplukt', aldus de minister, maar ook moet hij 'een financiële sanctie krijgen die in verhouding staat tot de maatschappelijke impact van het strafbare feit'. Om dit laatste te bewerkstelligen, is 'meer flexibiliteit bij de bepaling van de maximumboete in het strafrecht wenselijk'. Bovendien kondigde de minister in deze brief wetgeving aan die betrekking heeft op de beperking van de kostenaf trek in het kader van de ontnemingsmaatregel. De genoemde voornemens zijn, tezamen met nog enkele andere plannen, inmiddels ten departemente uitgewerkt in een conceptwetsvoorstel 'verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit'.⁴ Dit conceptwetsvoorstel bevat een scala aan onderwerpen. Naast de hierboven aangestipte punten van de geldboete en de kostenaf trek, voorziet het concept in wijzigingen van strafbepalingen betreffende ambtelijke corruptie en corruptie in de privésector; in een wijziging van de strafbepaling inzake misbruik van gemeenschapsgeld; in wijzigingen (lees: verzwaring) van de witwasbepalingen; in de invoering van een strafverzwarringsgrond gericht op het bestrijden van het stelselmatig plegen van misdrijven in de sfeer van de WED; en in een aanpassing van de regeling van de inbeslagneming van stukken die in handen zijn van een verschoningsgerechtigde.

In deze bijdrage bespreken wij drie onderdelen van dit conceptwetsvoorstel. Ten eerste gaan wij in op de vraag hoe de beoogde beperking van de kostenaf trek zich verhoudt tot de aard van de ontnemingsmaatregel, alsmede op de vraag of het conceptwetsvoorstel eigenlijk niet juist leidt tot een uitbreiding van de mogelijkheden om tot kostenaf trek te komen. Omdat de kostenaf trek (ook) in Duitsland reeds enkele decennia onderwerp van debat oplevert en dat debat voor de Nederlandse situatie en in het bijzonder voor de beoordeling van het hier besproken conceptwetsvoorstel van belang kan zijn, schenken wij enige aandacht aan het Duitse recht op dit punt (paragraaf 2). Vervolgens onderwerpen wij, mede in het licht van het boetesysteem van de Mededingingswet, de voorgestelde flexibilisering van

1. Hoogleraar straf(proces)recht Tilburg University, respectievelijk hoogleraar straf(proces)recht Vrije Universiteit Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.
2. T. Kooijmans & M.J. Borgers, 'Doorpakken bij het afpakken? Over de aftrek van kosten, de flexibilisering van het boeteplafond en de verhoging van de strafmaxima van de witwasdelicten, ter bestrijding van financieel-economische criminaliteit', *DD* 2012, 65.
3. *Kamerstukken II* 2011/12, 29 911, nr. 57, p. 4. Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 29 911, nr. 60, p. 21.
4. Conceptwetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het vergroten van de mogelijkheden tot opsporing, vervolging, alsmede het voorkomen van financieel-economische criminaliteit. Het conceptwetsvoorstel en de bijbehorende Memorie van Toelichting zijn te kennen via www.rijksoverheid.nl.

het boeteplafond aan een analyse (paragraaf 3). Daarna stellen wij de vraag aan de orde naar de betekenis en de toegevoegde waarde van de voorgestelde wijziging van de witwasbepalingen (paragraaf 4). Wij sluiten af met enkele conclusies (paragraaf 5). Aan de voorgestelde wijzigingen van de corruptiebepalingen en van de strafbepaling inzake misbruik van gemeenschapsgeld schenken wij in deze bijdrage geen separate aandacht. Het voorstel inzake het verschoningsrecht beogen wij in een ander verband te bespreken.⁵

2 De kostenaf trek bij de bepaling van het wederrechtelijk verkregen voordeel

2.1 De huidige stand van het recht

Volgens vaste rechtspraak strekt de ontnemingsmaatregel ertoe om de betrokkene het voordeel te ontnemen dat hij in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft verkregen.⁶ De berekening van dat voordeel kan op grond van twee (soorten) methoden plaatsvinden: de concrete en de abstracte methode.⁷

Kenmerkend voor de concrete methode is dat deze is gebaseerd op het zogenoemde transactieresultaat. Van ieder afzonderlijk strafbaar feit ('transactie') wordt het specifiek daarvoor verkregen voordeel berekend. Dat voordeel bestaat uit het 'bruto' voordeel – welk voordeel wordt gevormd door de directe vermogensaanwas door het strafbare feit en door het eventuele vervolgprijs⁸ en/of door de besparing van kosten⁹ – minus de gemaakte kosten. Het gaat om de gemaakte kosten die in directe relatie staan tot de voltooiing van het delict dat tot het voordeel heeft geleid.¹⁰ Daarbij verdient opmerking dat de rechter volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad grote vrijheid heeft bij de beantwoording van de vraag of en, zo ja, in welke mate hij rekening wil houden met zodanige kosten. Indien door of namens de betrokkene gemotiveerd en met specificatie van de desbetreffende posten het verweer is gevoerd dat bepaalde kosten bij de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel dienen te worden afgetrokken, zal de rechter bij het passeren van dat verweer in zijn uitspraak tot uitdrukking behoren te brengen hetzij dat de gestelde kosten niet kunnen gelden als kosten die in directe relatie staan tot het delict, hetzij dat zij wel als zodanig kunnen gelden maar dat zij – al dan niet gedeeltelijk – voor rekening van de betrokkene dienen te blijven.¹¹ Wij komen hier verderop op terug, nadat wij de abstracte methode hebben beschreven.

De abstracte methode gaat uit van een berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel over een bepaalde periode, waarbij geen direct causaal verband hoeft te worden aangetoond tussen dat berekende voordeel en de strafbare gedragingen.¹² Deze methode, die door de wetgever oorspronkelijk was toebedacht aan voordeeltberekening overeenkomstig artikel 36e lid 3 Sr, kan eveneens worden gehanteerd ter berekening van het in artikel

5. M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Een lichtzinnig voorstel omtrent het verschoningsrecht in strafzaken', *DD* 2012, 56.

6. Zie o.a. HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 242 m.nt. JR; HR 30 november 2004, *NJ* 2005, 133 en HR 14 februari 2006, *NJ* 2006, 163.

7. M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Verruiming, vereenvoudiging en verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeeltontneming', *DD* 2010, 16, p. 205-270, i.h.b. p. 209-215. Het navolgende deel van de hoofdtekst is daarvan een verkorte weergave.

8. Het gaat om het in artikel 36e lid 2 Sr bedoelde voordeel 'uit de baten van het feit'.

9. Artikel 36e lid 5, tweede volzin, Sr.

10. HR 8 juli 1998, *NJ* 1998, 841 m.nt. Sch.

11. Zie o.a. HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 124 m.nt. Pme, HR 15 november 2005, *LJN* AU2230 en HR 5 februari 2008, *NJ* 2008, 288 m.nt. M.J. Borgers.

12. M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2001, p. 128-130, 293-306.

36e lid 2 Sr verkregen voordeel. In de kern komt deze methode erop neer dat er wordt berekend hoeveel vermogen de betrokkene in een bepaalde periode heeft vergaard en dat vervolgens wordt nagegaan in hoeverre aan de hand van legale inkomstenbronnen die vermogensgroei kan worden verklaard. Indien blijkt dat de vermogensgroei niet of niet geheel kan worden verklaard aan de hand van de bekend geworden legale bronnen, wordt van de betrokkene gevergd dat hij inzicht verschaft in zijn activiteiten. Van hem wordt verwacht dat hij verklaart welke andere legale bronnen de vermogensgroei verklaren. Slaagt hij daar niet in, dan wordt ervan uitgegaan dat het niet-verklaarde deel van de vermogensgroei afkomstig is uit – al dan niet door de betrokkene zelf begane – strafbare feiten. De specifieke strafbare feiten die aan die illegale vermogensvermeerdering ten grondslag liggen, zijn bij deze stand van zaken dus niet altijd bekend en behoeven dat ook niet te zijn. In deze van de concrete strafbare feiten abstraherende benadering spelen kosten die zijn gemaakt om een strafbaar feit te kunnen plegen, in beginsel¹³ geen rol.

Daarmee keren wij terug naar de manier waarop de kostenaf trek (in de concrete voordeelberekeningmethode) in de rechtspraak gestalte heeft gekregen. Zoals gezegd, heeft de feitenrechter grote vrijheid of en, zo ja, in welke mate hij rekening wil houden met gemaakte kosten die in directe relatie staan tot de voltooiing van het delict dat tot het voordeel heeft geleid. Zo mag de feitenrechter oordelen – en ligt het ook voor de hand dat hij zo zal oordelen – dat niet de totale investeringskosten voor de aanleg van een hennepkwekerij kunnen worden aangemerkt als kosten die in directe relatie staan tot het delict doch slechts de aan één oogst toe te rekenen afschrijvingskosten.¹⁴ In de parlementaire geschiedenis van de ontnemingswetgeving zoals deze in 1993 in werking trad, wordt ook expliciet op deze vrijheid gewezen. Volgens de toenmalige minister was de rechter namelijk niet verplicht om de kosten die de betrokkene heeft gemaakt voor het plegen van het feit, in mindering te brengen bij de bepaling van de omvang van het voordeel: ‘De rechter kan dit doen, maar is daartoe, als hij dat in de gegeven omstandigheden niet redelijk acht, niet verplicht’.¹⁵ Sinds de inwerkingtreding in 1993 van de ontnemingswetgeving geeft de rechtspraak, een enkele witte raaf daargelaten, een eenduidig beeld te zien van aftrek van kosten.¹⁶ Dat daadwerkelijk tot aftrek van kosten wordt overgegaan, laat zich naar ons oordeel verklaren door de omstandigheid dat de rechter scherp op het netvlies heeft dat het hier een beslis punt betreft in het kader van een procedure die kan leiden tot de oplegging van een (ontnemings) maatregel, en niet van een straf (zoals de geldboete). Om aan de betrokkene het voordeel te kunnen ontnemen dat hij in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft verkregen, dient de rechter diens vermogenspositie (zoals deze is ontstaan door het strafbare feit) via de ontnemingsmaatregel in overeenstemming te brengen met de vermogenspositie die zou hebben bestaan als het strafbare feit niet zou zijn begaan. Die doelstelling – die neerkomt op het bewerkstelligen van rechtsherstel – zou voorbij worden geschoten als de gemaakte kosten die in directe relatie tot dat delict staan, niet in mindering zouden worden gebracht. Alsdan zou immers feitelijk meer worden ontnomen dan de betrokkene

13. Zie Borgers & Kooijmans 2010, p. 213-215 voor de uitwerking van deze nuancering. Kort gezegd komt het erop neer dat bij het meetellen van bepaalde uitgaven zich het risico van dubbeltellingen voordoet. Dat geldt in het bijzonder indien een uitgave betrekking heeft op verwervingskosten ten aanzien van een (tot een opbrengst leidende) activiteit die heeft plaatsgevonden binnen de onderzochte periode.

14. Vgl. bijv. HR 31 mei 2011, *LJN BQ1967*. In die zaak hield het hof bij de berekening van het voordeel rekening met één (eerdere) oogst. Vgl. voorts HR 31 januari 2012, *NJ* 2012, 99.

15. *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 16.

16. Zie Borgers 2001, p. 225, M.J. Borgers & J.B.H.M. Simmelink, ‘Oplossingen voor niet bestaande problemen met de ontneming van voordeel’, *NJB* 2005, p. 992-993 en M.J. Borgers, T. Kooijmans & J.B.H.M. Simmelink, ‘Hoofdelijkheid bij ontneming van voordeel: Alweer een oplossing voor niet-bestaande problemen’, *NJB* 2007, p. 17-20, i.h.b. p. 17.

daadwerkelijk heeft verkregen, zodat de betrokkene door de oplegging van de ontnemingsmaatregel in een slechtere positie zou komen te verkeren en van rechtsherstel geen sprake meer zou zijn.

Het maatregelkarakter van de onderhavige sanctie verklaart dan ook dat de rechtspraak probleemloos aanvaardt dat de aanschafprijs van de later verkochte harddrugs als kosten in mindering worden gebracht bij de bepaling van de omvang van het voordeel. Dit maatregelkarakter levert zo gezien een begrenzing op van de door de minister indertijd voorgestane vrijheid van de rechter ten aanzien van de kostenaf trek. Dat de kosten betrekking hebben op een illegale handeling, maakt dit op zichzelf niet anders. De illegaliteit van dergelijke handelingen zal aanleiding geven tot vervolging en bestraffing in de hoofdzaak – de ‘gewone’ strafzaak –, terwijl voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel ‘slechts’ van belang is in hoeverre de betrokkene door het begaan van het strafbare feit profijt heeft genoten. Wij vinden steun voor dit standpunt in een uitspraak van de Hoge Raad in 2011, waarin het rechtscollege het oordeel van het hof als niet begrijpelijk bestempelde dat met de betaling van een elektriciteitsrekening het voordeel (uit diefstal) voor de betrokkene teniet was gedaan en dat daarom deze betaling niet als kosten in mindering werden gebracht op het wederrechtelijk verkregen voordeel uit hennep teelt: ‘Door het betalen van de elektriciteitsrekening heeft de betrokkene immers kosten gemaakt die in directe relatie staan tot het delict (hennep teelt). De omstandigheid dat die rekening elektriciteit betrof die door de betrokkene was gestolen, doet daaraan (...) niet af’.¹⁷

2.2 Het voorstel van de minister

Niettegenstaande deze duidelijke lijn in de rechtspraak – kostenaf trek wordt toegestaan, zij het niet onbegrensd – heeft de huidige minister in een algemeen overleg met de vaste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie van 27 oktober 2011 een ‘breed gedragen wens’ van de Tweede Kamer waargenomen om de kostenaf trek in het kader van de ontnemingsmaatregel te beperken.¹⁸ Het is nog niet zo eenvoudig om aan te geven waarop die wens nu precies berust. Centraal lijkt evenwel de gedachte te staan dat het in af trek nemen van kosten zou neerkomen op het betrachten van coulance of het verlenen van een gunst, hetgeen ongepast zou zijn in relatie tot illegale activiteiten. Het op rechtsherstel gerichte karakter van de ontnemingsmaatregel wekt kennelijk wrevel.¹⁹ De minister toont zich hier-

17. HR 28 juni 2011, LjN BQ0779. Met dit arrest lijkt de Hoge Raad te hebben gekozen voor een aanscherping van zijn oordeel in het (overigens minder duidelijke) arrest van 13 oktober 2009, NJ 2009, 532.

18. *Kamerstukken II* 2011/12, 29 911, nr. 56 en nr. 57, p. 4.

19. Illustratief zijn de volgende opmerkingen van het CDA-lid Çörüz (*Kamerstukken II* 2011/12, 29 911, nr. 56, p. 9; vgl. ook p. 23): ‘Hennep teelt is strafbaar: iemand komt voor en krijgt straf. Maar merkwaardig genoeg zien wij dat zo iemand zijn kosten van koolstoffilters tot lampen en energie mag aftrekken van het bedrag dat hij moet betalen. Dat is heel tegenstrijdig. Tegenwoordig zijn onze rechercheurs zo knap dat zij per plantje alles kunnen uitrekenen. Zij kunnen zelfs aan de vervuiling van koolstoffilters zien hoe groot de opbrengst is. Ik heb een aantal van die zittingen bijgewoond. Het is toch raar dat zo’n verdachte met een strafrechter bijna zit te onderhandelen als ware de strafrechter een belastinginspector: nee mijnheer of mevrouw de rechter, mijn winst was niet € 50 000; ik had € 40 000 aan kosten, dus u kunt maar € 10 000 voordeel ontnemen. Het is een heel merkwaardige gang van zaken. Na bestudering van de jurisprudentie weet ik dat een ontnemingsmaatregel naar zijn aard niet gericht moet zijn op leedtoevoeging, maar ertoe strekt om de betrokkene in de economische toestand te brengen die zou hebben bestaan voordat hij die strafbare feiten beging. Dat is heel merkwaardig. Eerst zeggen wij: u bent hartstikke fout en wij gaan u straffen. Maar vervolgens laten wij er reguliere definities van bedrijfsmatig voordeel op los. Ik zou dat echt veranderd willen zien. Ik kan dat niet uitleggen en ik wil het ook niet uitleggen.’

voor gevoelig en stelt daarom in het hiervoor genoemde conceptwetsvoorstel de invoering van een nieuw artikel 36e lid 8 Sr²⁰ voor:

“8. De rechter kan bij de bepaling van de hoogte van het voordeel kosten in mindering brengen die rechtstreeks in verband staan met de strafbare feiten, bedoeld in het eerste tot en met derde lid, en die redelijkerwijs voor aftrek in aanmerking komen.”

In de bij het conceptwetsvoorstel behorende Memorie van Toelichting licht hij dit voorstel in twee alinea's kort en krachtig toe, zodat de toelichting zich integraal laat citeren:

“Met de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel wordt beoogd de veroordeelde zijn criminele winst af te nemen. Dit doel wordt bereikt door de vermogenspositie van de veroordeelde terug te brengen tot die vóór het plegen van de strafbare feiten. Dat is de essentie van de maatregel. Het ontnemen van de criminele winst veronderstelt in die zin dat kosten die zijn gemaakt voor het plegen van strafbare feiten eventueel in mindering kunnen worden gebracht. In de rechtspraak is daarvan ook sprake, zij het dat slechts kosten voor aftrek in aanmerking komen die in directe relatie staan tot het delict (Hoge Raad 31 mei 2011, *LJN*: BQ1967 en Hoge Raad 5 februari 2008, *LJN*: BC2913).

Voorgesteld wordt de aftrek van kosten wettelijk te normeren, en de nadruk te leggen op het uitzonderlijke karakter van de kostenafrek. Naar mijn oordeel dient aftrek van kosten zich te beperken tot bijzondere gevallen waarin de redelijkheid dit gebiedt. Immers zal in bijna alle gevallen sprake zijn van eigen schuld: de verdachte nam bewust een risico door zijn geld te investeren in illegale activiteiten. Betreffen de kosten handelen dat op zichzelf reeds het plegen van strafbare feiten behelst, dan verbiedt de redelijkheid zelfs aftrek. Hetzelfde geldt voor kosten in verband met voorwerpen die in aanmerking komen voor onttrekking aan het verkeer of verbeurdverklaring – zoals lampen voor een hennepplantage.”²¹

2.3 *De dubbelzinnigheid van het voorstel*

De minister licht de voorgestelde aanpassing van artikel 36e Sr in de tweede alinea van de zojuist geciteerde passage toe door te wijzen op de redelijkheid, die in de door hem genoemde gevallen kostenafrek zou verbieden en daarbuiten de aftrek van kosten tot iets uitzonderlijks maakt. Afgaande op die tweede alinea, lijkt de minister dus inderdaad voluit gehoor te geven aan de wens van de kamer om tot beperking van kostenafrek te komen. Maar is dat nu ook wat de minister in het conceptwetsvoorstel zelf heeft voorgesteld? Waar in de Memorie van Toelichting op de in 1993 in werking getreden ontnemingswetgeving nog voorop werd gesteld dat de rechter niet verplicht was om tot kostenafrek over te gaan en waar kostenafrek tot op heden evenmin in een wettelijke bepaling (zelfs maar) als facultatief te hanteren instrument is opgenomen, introduceert de minister nu een bepaling die strikt genomen de rechter een wettelijke discretionaire bevoegdheid aanreikt om juist wel tot kostenafrek te komen. Afgaande op de voorgestelde tekst van de wet wordt immers voorop gesteld dat aftrek van kosten plaatsvindt, binnen de grenzen van de redelijkheid. Daarmee doet de minister dus het tegenovergestelde van wat hij in de geciteerde tweede alinea van de toelichting betoogt: niet de bepleite beperking van de kostenafrek doch een aanzetten tot kostenafrek. En de bewindsman gaat daarin onverwacht ver. De te introduceren discretionaire bevoegdheid heeft namelijk betrekking op kosten ‘die rechtstreeks in ver-

20. Dit conceptwetsvoorstel leidt tot vernummering van het achtste tot en met tiende lid tot negende tot en met elfde lid van artikel 36e Sr.

21. Conceptmemorie van Toelichting, p. 10.

band staan met de strafbare feiten, bedoeld in het eerste tot en met derde lid'. Door de kostenaf trek op deze wijze te koppelen aan alle strafbare feiten die in artikel 36e lid 1-3 Sr aanleiding kunnen geven tot ontneming, opent de minister de deur voor (verweren die strekken tot) kostenaf trek ter zake van voordeel waarvan de omvang is berekend aan de hand van de hierboven omschreven – oorspronkelijk aan artikel 36e lid 3 Sr toebedachte – abstracte methode van voordeeltberekening. Kenmerkend voor die methode is echter dat daarin in beginsel nu juist geen plaats is voor kostenaf trek. In beginsel, omdat een in die methode besloten liggend risico van dubbelrekeningen mogelijk wel aanleiding zou kunnen geven tot het (*de facto*) toepassen van kostenaf trek.²² Dat risico kan nu door het conceptwetsvoorstel worden afgedekt.

Moet de tekst van het voorgestelde nieuwe artikel 36e lid 8 Sr bij deze stand van zaken worden beschouwd als een misslag die geen recht doet aan de bedoelingen van de minister? Dat hangt af van welke waarde men toekent aan de hierboven geciteerde toelichting. In het licht van de tweede alinea van die toelichting zou inderdaad geconcludeerd kunnen worden dat de voorgestelde wettekst aan de toelichting geen recht doet. Maar de eerste alinea van de toelichting leidt tot een andere conclusie. In die eerste alinea stelt de minister voorop dat de 'essentie van de ontnemingsmaatregel' is gelegen in het oogmerk om de betrokkene zijn criminele winst af te nemen, welk doel wordt bereikt door de vermogenspositie van de betrokkene terug te brengen tot die voorafgaand aan het plegen van de strafbare feiten. Daarmee slaat de minister de spijker op zijn kop.²³ Terecht merkt hij dan ook op dat 'het ontnemen van de criminele winst veronderstelt (...) dat kosten die zijn gemaakt voor het plegen van strafbare feiten eventueel in mindering kunnen worden gebracht'.²⁴ Het berust dan ook niet op toeval dat daarvan 'in de rechtspraak (...) ook sprake' is. Tegen deze achtergrond moet de voorgestelde wettekst geenszins als een misslag worden beschouwd, doch is deze integendeel een codificatie van de huidige praktijk.

Als dit laatste werkelijk is wat de minister beoogt, slaat hij op een handige wijze twee vliegen in één klap: hij doet het enerzijds voorkomen alsof hij tegemoetkomt aan de wens van Kamerleden om de kostenaf trek te beperken en anderzijds doet hij recht aan het reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel en de manier waarop de rechtspraak met die maatregel omspringt. Toch is met deze geruststellende uitleg van de bedoelingen van de minister vermoedelijk het laatste woord nog niet gezegd omdat de geciteerde tweede alinea van de toelichting aanleiding zou kunnen geven om (al dan niet bij te zijner tijd mogelijk voor te stellen amendement) de voorgestelde wettekst aan te scherpen in de door die tweede alinea voorgestane richting. Daarom nemen wij die alinea nu nader onder de loep.

In dat deel van de toelichting benadrukt de minister 'het uitzonderlijke karakter' van de kostenaf trek. Hoewel de minister niet duidelijk maakt of hij dit uitzonderlijke karakter baseert op empirische gegevens of op een normatief oordeel omtrent de manier waarop met de ontnemingsmaatregel moet worden omgesprongen, vermoeden wij dat dat laatste het geval is. Daarmee stelt hij een principiële breuk voor ten aanzien van de – verstandige en

22. Vgl. Borgers & Kooijmans 2010, p. 213-215.

23. Wij vragen ons af of de minister zich realiseert dat hij met deze stelling op de keper beschouwd ook een belangrijk argument verschaft ten gunste van de afschaffing van de op 1 juli 2011 in artikel 36e lid 7 Sr geïntroduceerde hoofdelijkheidsconstructie. Die constructie verhoudt zich immers niet met het – hier door de minister omarmde – uitgangspunt dat alleen het daadwerkelijk verkregen voordeel dient te worden ontnomen. Afschaffing van de hoofdelijkheidsconstructie zouden wij toejuichen. Vgl. M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Verruiming van de mogelijkheden tot voordeelontneming: het vervolg', *DD* 2010, 36, p. 608-627, i.h.b. p. 617-624.

24. Daarbij lijkt het woord 'eventueel' bedoeld te zijn om aan te geven dat niet alle kosten voor aftrek in aanmerking komen, maar dat er een rechtstreeks verband dient te bestaan met het begaan van het strafbare feit.

genuanceerde – wijze waarop in de rechtspraak tot dusver met de kostenaf trek is omgesprongen. In de optiek van de minister zal in de toekomst nog slechts plaats zijn voor kostenaf trek in ‘bijzondere gevallen waarin de redelijkheid dit gebiedt’. De redelijkheid ‘verbiedt’ volgens de bewindsman kostenaf trek in gevallen waarin de kosten betrekking hebben op handelen dat op zichzelf reeds het plegen van strafbare feiten behelst. Daarmee worden de Kamerleden op hun wenken bediend: het aanwezig hebben van cocaïne is strafbaar en de aanschafprijs van de later verkochte partij cocaïne komt daarom in deze benadering niet meer voor aftrek in aanmerking bij de bepaling van de omvang van het voordeel uit die verkoop. En ook kosten die gemaakt zijn bij de – op zichzelf niet strafbare – aanschaf van bepaalde voorwerpen komen niet meer voor aftrek in aanmerking als die voorwerpen ‘in aanmerking komen voor onttrekking aan het verkeer of verbeurdverklaring’. De aanschafprijs van assimilatielampen – die kunnen worden verbeurd verklaard – komt dus niet meer voor aftrek in aanmerking bij de bepaling van het voordeel uit hennephandel.²⁵ Maar de elektriciteitskosten weer wel, tenzij de elektriciteit was gestolen.

Wij stellen voorop dat het onder omstandigheden heel redelijk kan zijn om bepaalde kosten niet voor aftrek in aanmerking te laten komen. Dat de kosten die zijn gemoeid met een vliegticket waarmee een vrouw uit Bulgarije naar Nederland kan vliegen om hier te worden geprostitueerd, mogelijk wel geheel of gedeeltelijk²⁶ voor aftrek in aanmerking komen, doch niet de kosten die betrekking hebben op een doktersbezoek nadat de vrouw op hardhandige wijze was duidelijk gemaakt hoe zij haar toekomstige klanten zou dienen te bejegenen, zal in de ontnemingspraktijk vermoedelijk door niemand als problematisch worden beschouwd, nog daargelaten of die dokterskosten in directe relatie staan tot de mensenhandel. Het is juist deze genuanceerde benadering waarmee de rechtspraak de kostenaf trek over het algemeen tegemoet treedt, die maakt dat recht wordt gedaan aan wat (ook) de minister aanduidt als ‘de essentie’ van de ontnemingsmaatregel. In de benadering van de minister leidt het niet-aftrekken van de aanschafprijs van de cocaïne tot een situatie waarin de betrokkene nu juist niet meer wordt teruggebracht in de vermogenspositie waarin hij zou hebben verkeerd als hij het delict niet zou hebben begaan – in dat geval zou hij zich de moeite van het aanschaffen van de cocaïne hebben bespaard – maar treedt er een verslechtering op in die positie. Per saldo vindt in deze benadering in zoverre een nieuwe bestraffing plaats (in de vorm van een verkapte geldboete) en is van toepassing van een – op rechtsherstel gerichte – maatregel geen sprake meer. Met die nieuwe bestraffing kunnen bovendien de wettelijke geldboetecategorieën-gerelateerde grenzen van de straf worden omzeild.²⁷ Bovendien dient te worden bedacht dat de ontnemingsmaatregel wordt opgelegd nadat in de hoofdzaak reeds uitspraak is gedaan. De rechter in de hoofdzaak is daarvoor niet in staat om bij de strafoplegging rekening te houden met een ontnemingsmaatregel die neerkomt op een verkapte bestraffing. De consequentie daarvan is dat de sanctieoplegging als geheel wordt verstoord.²⁸

25. De aanschaf van assimilatielampen zal overigens, indien wetsvoorstel 32 842 wordt aanvaard, onder omstandigheden wel tot strafbaarheid kunnen leiden. Zie daarover M.J. Borgers & E.M. van Poecke, ‘Op weg naar het einde: de strafbaarstelling van voorbereiding en vergemakkelijking van professionele hennepcultuur’, *Ars Aequi* 2012, p. 171-181.

26. Bijvoorbeeld als de vrouw *business class* vloog: de rechter zal dan kunnen volstaan met de aftrek van de kosten van een *economy* ticket.

27. Vgl. HR 15 juni 2010, NJ 2010, 358 voor de (min of meer) omgekeerde situatie.

28. Praktische consequentie hiervan is nog dat de verdachte welhaast wordt gedwongen om een rechtsmiddel in te stellen in de strafzaak, omdat voor hem niet is te voorzien hoe in de ontnemingsprocedure zal worden geoordeeld en hij dus de mogelijkheid moet voorbehouden in hoger beroep aan te dringen om afstemming van de strafoplegging op de beslissing omtrent de ontnemingsmaatregel. Realiseert de minister zich welke druk hiermee wordt gelegd op de toch al schaarse zittingscapaciteit?

presenteert blijkt bij nader inzien niet alleen eenvoudigweg onredelijk, maar het haalt ook zonder draagkrachtige motivering belangrijke fundamenteën van het strafrechtelijk sanctiestelsel onderuit. Bovendien ziet de minister ook een praktisch bezwaar over het hoofd: als de volhardende cocaïnehandelaar de aanschafprijs niet voor aftrek in aanmerking kan laten komen, zal hij mogelijk op andere wijze dan door 'eerlijk' te betalen aan zijn handelsvoorraad willen komen. De door de minister voorgestane benadering stimuleert dan *ripdeals*. Dat is een buitengewoon dubieus neveneffect voor een voorstel dat juist gericht is op criminaliteitsbestrijding.

Voorts springt hier in het oog dat het gemak waarmee de minister het maatregelkarakter van de ontneming terzijde schuift, blijk geeft van een weinig kritische houding van de bewindsman jegens het parlement. De 'breed gedragen wens' van de Tweede Kamer om de kostenafrek uit te bannen, wordt in de geciteerde tweede alinea van de toelichting zonder terughoudendheid gevolgd. Als het parlement in de toekomst er ook op gaat aandringen dat de in rechte toegekende vordering van het slachtoffer niet meer voor aftrek bij de ontnemingsmaatregel in aanmerking mag komen,²⁹ of een reeds aan het slachtoffer voldane restitutie niet meer van het bruto voordeel mag worden afgetrokken,³⁰ kunnen wij dan ook wetgevingsinitiatieven op bestelling van de(z) minister verwachten? En wat te denken van de situatie waarin de betrokkene bijvoorbeeld juwelen heeft gestolen teneinde deze (niet zelf te gebruiken doch) af te zetten in het illegale circuit?³¹ In een dergelijk geval pleegt de rechtspraak niet de verkoopwaarde in de winkel als wederrechtelijk verkregen voordeel aan te merken, doch de waarde in het illegale circuit. Moet dat binnenkort ook tot de geschiedenis worden gerekend, en moet dan de winkelwaarde als voordeel worden aangemerkt? Anders geformuleerd, het is min of meer een toevalligheid te noemen dat de kostenafrek thans wordt 'aangepakt'. Het gemak waarmee de genuanceerde lijnen in de rechtspraak terzijde worden geschoven, stemt ons somber. Als de Tweede Kamer en de minister werkelijk menen wat zij in het kader van die kostenafrek beweren, zou dat wel eens het beginpunt kunnen markeren van de totale ontmanteling van de ontnemingsmaatregel.

2.4 Een rechtsvergelijkende waarschuwing

Dat wij onze bezwaren tegen de toelichting op het voorstel zwaar aanzetten, is niet zonder reden. Het beperken van de kostenafrek en daarmee het miskennen van het rechtsherstellende karakter van de ontnemingsmaatregel is namelijk geen noviteit, maar kent een precedent in het Duitse recht. Juist het Duitse voorbeeld laat echter zien dat dit precedent geen navolging verdient.

De wettelijke bevoegdheden tot ontneming van misdadig geld zijn in het Duitse recht niet structureel anders dan in het Nederlandse recht. Het belangrijkste verschil betreft evenwel de algehele uitsluiting van kostenafrek, zoals die geldt sinds 6 maart 1992. Deze wijziging wordt in de literatuur beschreven als de overgang van het *Nettoprinzip* naar het *Bruttoprinzip*. De aanleiding hiervoor is primair gelegen in praktische redenen. De oplegging van het *Verfall* zou minder problematisch zijn indien de rechter niet meer de vaststelling van de kosten zou behoeven te motiveren en de daaraan ten grondslag liggende bewijsmiddelen te benoemen. Voorts is aangevoerd dat handelingen in strijd met de wet geen bescherming verdienen.³² Dat door de uitsluiting van de kostenafrek het te ontnemen bedrag veelal

29. Vgl. artikel 36e lid 8 Sr, *Kamerstukken I* 1992/93, 21 504 en 22 083, nr. 53a, p. 9-10 en o.a. HR 9 september 1997, NJ 1998, 90 en HR 1 april 2008, NJ 2008, 421.

30. Vgl. *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 48 en HR 9 september 1997, NJ 1998, 91.

31. Vgl. o.a. HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242 m.nt. JR en HR 30 november 2004, NJ 2005, 133.

32. Dat argument is overigens moeilijk te duiden. Met de aftrek van kosten wordt de onderliggende handeling immers niet gelegaliseerd of gelegitimeerd.

groter zal zijn dan het werkelijke voordeel dat de dader heeft verkregen, is door de Duitse wetgever bewust op de koop toe genomen.³³

In de Duitse literatuur is de overgang van het *Nettoprinzip* naar het *Bruttoprinzip* op stevig verzet gestuit. De kern van de kritiek luidt dat het *Verfall* niet langer kan gelden als (*quasi-konditionelle*) *Ausgleichsmaßnahme*, maar voortaan (mede) moet worden opgevat als *straf-ähnlich*, ten gevolge van het punitieve effect dat ontstaat doordat er meer wordt ontnomen dan er daadwerkelijk is verkregen. De consequentie daarvan zou moeten zijn, zo wordt betoogd, dat de oplegging van het *Verfall* in overeenstemming zou moeten zijn met het verwijt dat de betrokkene kan worden gemaakt (*Schuldprinzip*).³⁴ Deze kritiek heeft in de rechtspraak weinig weerklank gevonden; de door de wetgever aangebrachte wijziging wordt gerespecteerd en de toepassing van het *Bruttoprinzip* is niet ongrondwettelijk bevonden.³⁵ Dat staat er evenwel niet aan in de weg dat, indien de oplegging van het *Verfall* ten gevolge van het *Bruttoprinzip* onevenredig zwaar uitvalt, de Duitse rechter zou kunnen – en volgens diverse auteurs ook zou moeten – overgaan tot matiging van het op te leggen bedrag, door – zo mogelijk – toepassing te geven aan de *Härteklause*l van § 73c StGB. De rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* biedt daartoe de ruimte.³⁶

Juist dit laatste punt is van groot belang in relatie tot het thans voorliggende voorstel van de minister. Immers, ook de Nederlandse rechter heeft de bevoegdheid – en zelfs in ruimere mate dan de Duitse rechter – om het bedrag van de betalingsverplichting te matigen. Die bevoegdheid is discretionair en ook niet aan specifieke voorwaarden gebonden, zo blijkt uit de vierde volzin van artikel 36e lid 5 Sr. Door te matigen kan de rechter tegengaan dat de oplegging van de ontnemingsmaatregel tot een ongerijmd resultaat leidt. Wat ons betreft moet daarbij worden gedacht aan de situatie waarin de betrokkene in rechtstreekse relatie tot het door hem begane strafbare feit kosten heeft gemaakt, terwijl met die kosten niet of nauwelijks rekening zou mogen worden gehouden bij de schatting van de hoogte van het voordeel. Waar de minister de kostenafrek aan de voordeur beoogt in te perken, zal deze via de achterdeur van de matiging derhalve toch ingang doen vinden. Daarmee is (de toelichting op) het conceptwetsvoorstel niet meer dan een cosmetische operatie.³⁷ Het is zeer de vraag of aan dergelijke operaties wetgeevingscapaciteit moet worden verspild.

Kortom, het verdient sterk aanbeveling dat de wetgever er niet voor kiest dat het thans reeds 20 jaar woedende debat in Duitsland omtrent het *Bruttoprinzip*, ook naar Nederland overslaat. In dat licht is de door de minister voorgestelde tekst van artikel 36e lid 8 Sr op zich acceptabel, maar stuit de toelichting daarop op ernstige bezwaren.³⁸

33. Zie, met nadere verwijzingen, Borgers 2001, p. 72-73, 92-93.

34. Zie, met nadere verwijzingen, Borgers 2001, p. 93-94. Zie van latere datum o.a. W. Joeks, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München: C.H. Beck 2005, Vorbemerkung zu den §§ 73ff., Rn. 28 en § 73, Rn. 8-17 alsmede A. Eser, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Vorbemerkungen zu den §§ 73ff., Rn. 19 en § 73, Rn. 17a.

35. Zie i.h.b. BVerfG 14 januari 2004, 2 BvR 564/95 (www.bundesverfassungsgericht.de) en BGH 16 mei 2006, 1 StR 46/06 (www.bundesgerichtshof.de).

36. Vgl. o.a. BGH 29 juni 2010, 1 StR 245/09 (www.bundesgerichtshof.de).

37. Waarbij het thans heldere onderscheid tussen de vaststelling van het voordeel en het bepalen van de hoogte van de betalingsverplichting wordt verstoord, omdat een element van de voordeelsberekening *de facto* gaat werken als matigingsgrond. Vanuit systematisch oogpunt is dat onwenselijk.

38. Volledigheidshalve voegen wij hieraan toe dat het doortrekken van de (beperkte) uitsluiting van aftrek van kosten in het fiscale recht, voor zover die kosten verband houden met strafbare feiten, naar de strafrechtelijke voordeelsontneming om dezelfde redenen van de hand moet worden gewezen. Zie nader omtrent deze fiscale uitsluiting o.a. Borgers 2001, p. 237-241 en B.M. van der Sar, 'Aftrekbeperking criminele kosten na ontnemingsvorderingen – een dubbele straf!', *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2011/1538. Zie voorts (het overzicht in) de conclusie van advocaat-generaal Niessen van 15 mei 2012, *LJN* BW7156.

3 De flexibilisering van het boeteplafond

3.1 *Het voorstel van de minister*

Bij de aanpak van de (financieel-economische) criminaliteit richt het conceptwetsvoorstel zich niet alleen op de ontnemingsmaatregel, maar ook op een aanpassing van – slechts – het boeteplafond dat kan worden gehanteerd jegens rechtspersonen die een strafbaar feit hebben begaan. Thans maakt artikel 23 lid 7 Sr het reeds mogelijk om bij veroordeling van een rechtspersoon een geldboete op te leggen tot ten hoogste het bedrag van de naasthogere geldboetecategorie indien de voor het feit bepaalde geldboetecategorie geen passende bestraffing toelaat.³⁹ Dat brengt met zich dat een rechtspersoon die een delict begaat dat wordt bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie, kan worden veroordeeld tot een geldboete van de zesde categorie – sinds 1 januari 2012 bedraagt deze € 780.000 – indien de vijfde categorie (€ 78.000) geen passende bestraffing toelaat.⁴⁰ De minister stelt voor om aan artikel 23 lid 7 Sr de volgende volzin toe te voegen:

“Indien voor het feit een geldboete van de zesde categorie kan worden opgelegd en die boetecategorie geen passende bestraffing toelaat, kan een geldboete worden opgelegd tot ten hoogste het bedrag dat gelijk is aan tien procent van de omzet van de rechtspersoon.”

De achterliggende reden van dit voorstel wordt door de minister als volgt geformuleerd: rechtspersonen, die wat betreft de hoofdstraffen alleen met een geldboete kunnen worden gestraft, zijn ‘vaak dermate kapitaalkrachtig dat zij zich niet laten afschrikken door een boete waarvan het maximumbedrag vele malen geringer is dan de winst die zij met de overtreding van de wet kunnen behalen’.⁴¹ Het voor Nederland maximale geldboetebedrag van € 780.000 is gering in relatie tot dat van enkele andere Europese landen, zo stelt de minister, die wijst op het Franse recht waarin boetes tot € 7.500.000 – naar wij aannemen, bedoelt de minister hier: per wetsovertreding – kunnen worden opgelegd. Voorts blijft de maximale geldboete die in het strafrecht kan worden opgelegd volgens de minister achter bij de bedragen van bestuurlijke boetes die kunnen worden opgelegd als reactie op overtreding van vaak dezelfde financiële en economische regelgeving.⁴²

3.2 *Nut en noodzaak van het voorstel*

Zijn de aangevoerde argumenten ook valide argumenten om een verhoging van het boeteplafond in overweging te nemen? Worden in Nederland werkelijk geldboetes van (thans) € 780.000 aan rechtspersonen opgelegd en wordt daarbij dan tevens door de rechter overwogen dat dergelijke geldboetes eigenlijk nog onvoldoende recht doen aan de ernst van het bewezen verklaarde feit en de omstandigheden waaronder het is begaan? Anders gezegd, is er eigenlijk wel een probleem dat met dit voorstel wordt opgelost? Als het maximumbedrag

39. J. de Hullu, *Enkele suggesties voor herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel* (preadvies NJV), Deventer: Kluwer 2002, p. 21 merkt op, zakelijk weergegeven, dat voor rechtspersonen niet een gedifferentieerd en uitgewerkt sanctiestelsel bestaat en dat op dit punt slechts artikel 23 lid 7 Sr kan worden aangevoerd hetgeen mager is en dat het sanctiestelsel eens moet worden doorgelicht vanuit de rechtspersoon.

40. Artikel 6 lid 1 WED en artikel 12 Opiumwet bieden eveneens de (niet tot rechtspersonen beperkte) mogelijkheid om in de daar genoemde gevallen een geldboete van de naasthogere categorie op te leggen. Het samenstel van ieder van die beide bepalingen met artikel 23 lid 7 Sr maakt het onder omstandigheden mogelijk dat voor een feit dat wordt bedreigd met een geldboete van de vierde categorie, een geldboete van de zesde categorie kan worden opgelegd aan de verdachte rechtspersoon.

41. Conceptmemorie van Toelichting, p. 1.

42. Conceptmemorie van Toelichting, p. 7.

van de aan rechtspersonen op te leggen geldboete werkelijk ‘vele malen’ geringer is dan de winst die zij met de overtreding van de wet kunnen behalen, aan welke – kennelijk astronomische – winstbedragen moeten wij dan denken? Enkele concrete voorbeelden van zaken waarin het openbaar ministerie specifiek tegen dit probleem is aangelopen, worden hier node gemist. En kunnen die winsten eigenlijk niet gewoon via de ontnemingsmaatregel of de verbeurdverklaring worden afgepakt? Bovendien, worden wederrechtelijk verkregen winsten van grote omvang door rechtspersonen niet doorgaans gegenereerd door een reeks van strafbare feiten, waarop de regeling van meerdaadse samenloop van toepassing is (hetgeen betekent dat geldboetes onbepaald kunnen worden gecumuleerd⁴³)? Dat andere landen hogere (strafrechtelijke) boetebedragen kennen, levert op zichzelf geen argument op om hier te lande tot vergelijkbare strafmaxima te komen zolang de (empirische) noodzaak voor dat laatste niet is aangetoond. Datzelfde geldt *mutatis mutandis* ten aanzien van de vergelijking met boetemaxima in het bestuursrecht.⁴⁴

3.3 *Het voorstel in het licht van de systematiek van het sanctiestelsel*

Het conceptwetsvoorstel behelst bij de zojuist geschetste stand van zaken (ook) op het punt van het boeteplafond vooral retoriek en kan daarom eigenlijk niet anders dan als symboolwetgeving worden beschouwd. Maar wellicht kan de minister in de toekomst wel een deugdelijke onderbouwing van de noodzaak van de voorgestelde aanvulling van artikel 23 lid 7 verschaffen en zijn de door hem aangevoerde argumenten derhalve wel valide. Uitgaande van die veronderstelling, rijst de vraag wat de invloed van het conceptwetsvoorstel op dit punt is voor de systematiek van het strafrechtelijk sanctiestelsel. De minister betreft in dit verband een recent onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht in de beschouwing.⁴⁵ In het verslag van dat onderzoek worden als structurele ‘primaire factoren’ genoemd die relevant kunnen worden geacht voor een boetestelsel voor ordeningswetgeving: de aard en ernst van het delict; de persoon van de dader (type normadressaat; het al dan niet zijn van professional; individuele onderneming of deel uitmakend van een concern; werkgever van een klein, middelgroot of groot bedrijf; draagkracht); het behaalde voordeel; recidive; en het herstel van de gevolgen.⁴⁶ De minister acht in het kader van de bestrijding van financieel-economische criminaliteit in het bijzonder relevant – vooral in hun onderlinge combinatie – de ernst van het feit, het profijt en de draagkracht van de dader. Hij licht zulks als volgt toe:

“In verband met die ernst van de feiten en mede gelet op de schade die deze teweegbrengen, is het van groot belang het plegen van deze strafbare feiten te voorkomen. Dit legt de nadruk sterk op de generaal en speciaal preventieve werking van de straffen waarmee het plegen wordt bedreigd: de straffen moeten potentiële daders ontmoedigen. Het profijt – een tweede factor – moet dus in verband worden gebracht met de strafdreiging. De rechter kan in de straftoemeting rekening houden met het behaalde profijt (Hoge Raad 18 mei 1999, *NJ* 2000, 105). Maar het komt mij voor dat ook de wetgever het profijt laat meewegen in de keuze voor de straf die [hij] van toepassing [verklaart op]

43. Vgl. artikel 57 lid 2 en artikel 62 lid 1 Sr.

44. H.E. Bröring, M. den Uijl, A. Tollenaar, N.J.M. Kwakman & B.F. Keulen, *Referentiekader geldboetes*, Groningen: WODC 2012, p. 198 en 286 e.v. geven een overzicht van de wettelijke maxima van bestuurlijke boetes. Voor een aantal gevallen is dat maximum bepaald op vier miljoen euro. Op p. 215 merken zij op: ‘Voor wat betreft de samenloop van verschillende sancties kan worden geconstateerd dat de mogelijkheid of, nog sterker, de plicht voor het bestuursorgaan om het profijt dat is behaald met de overtreding te ontnemen, samenvalt met gemiddeld lagere boetes dan indien deze ontnemingsbevoegdheid of -plicht ontbreekt.’

45. Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman & Keulen 2012.

46. Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman & Keulen 2012, p. 90.

een bepaald strafbaar feit. Naast vrijheidsstraffen zullen financieel-economische delicten ook consequent dienen te worden bedreigd met hoge geldboetes. Naast de ernst van het feit en het wegnemen van het profijt, speelt een derde factor een nog belangrijkere rol bij bepaling van de hoogte van geldboete waarmee een strafbaar feit in de strafwet wordt bedreigd: de draagkracht van de dader. Financieel-economische misdrijven worden vaak gepleegd door ondernemingen die beschikken over in verhouding tot privé-personen groot vermogen. De draagkracht van rechtspersonen is daarmee een allesbepalende factor bij het antwoord op de vraag of een geldboete voldoende afschrikkende werking bezit. Het is tegen deze achtergrond dat dit wetsvoorstel de mogelijkheid introduceert voor de rechter om een geldboete op te leggen die hoger is dan het maximumbedrag van de geldboete van de zesde categorie, teneinde rekening te kunnen houden met de draagkracht van rechtspersonen. Wanneer dit in het kader van een passende bestraffing nodig is, kan de rechter in plaats van het maximum van zesde geldboete categorie, een geldboete opleggen die ten hoogste tien procent van jaaromzet van een onderneming betreft.”⁴⁷

De minister merkt op zichzelf terecht op dat de rechter bij de straftoemeting rekening kan houden met het behaalde profijt. De vrijheid van de strafrechter om het door het strafbare feit verkregen voordeel af te pakken door middel van het opleggen van een geldboete, wordt evenwel begrensd door een aantal factoren die in de Conceptmemorie van Toelichting on(der)belicht zijn gebleven.

Zo kan uit het door de minister genoemde arrest HR 18 mei 1999, *NJ* 2000/105 niet worden afgeleid dat het opleggen van een geldboete louter ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel toelaatbaar is. Weliswaar kan een geldboete mede strekken ter ontneming, maar als ontneming het uitsluitende of primaire doel is van de geldboete, wordt de ontnemingsprocedure op een oneigenlijke – en daarmee ontoelaatbare – wijze omzeild. In een zaak die leidde tot een arrest van de Hoge Raad uit 2010 had het hof een geldboete opgelegd en zulks als volgt gemotiveerd: ‘Aangezien de officier van justitie niet in hoger beroep is gegaan tegen de afwijzing van de ontnemingsvordering in eerste aanleg (nu de verdachte in de strafzaak is vrijgesproken) ziet het hof aanleiding om het te ontnemen bedrag als geldboete op te leggen.’ De Hoge Raad casseerde omdat het hof, met de enkele verwijzing naar de omstandigheid dat de officier van justitie niet in hoger beroep was gegaan tegen de afwijzing van de ontnemingsvordering in eerste aanleg (nu verdachte in de strafzaak is vrijgesproken) en naar het te ontnemen bedrag, de oplegging van de geldboete niet toereikend had gemotiveerd.⁴⁸ Hoewel de Hoge Raad zich hiermee strikt genomen niet in algemene bewoordingen uitspreekt tegen de geldboete louter als instrument ter ontneming, ligt het niet voor de hand te veronderstellen dat ons hoogste rechtscollege een dergelijke inzet van de geldboete zou aanvaarden. Slechts een verwijzing naar – op de keper beschouwd – ‘de ontnemingsvordering’ en ‘het te ontnemen bedrag’ als motivering voor de geldboete wordt ondermaats bevonden, hetgeen goed verklaarbaar is in een strafrechtelijk systeem waarin voor de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is voorzien in een afzonderlijke procedure (met dito rechtswaarborgen) naast de procedure in de hoofdzaak (die kan uitmonden in een geldboete) terwijl bijvoorbeeld de draagkracht van de betrokkene in de beide trajecten een verschillende rol speelt: bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel in beginsel geen rol⁴⁹ doch bij de geldboete wel, overeenkomstig artikel 24 Sr.⁵⁰ Daarbij willen wij, mede in het licht van het hiervoor in paragraaf 2 gestelde, benadrukken dat het

47. Conceptmemorie van Toelichting, p. 7-8.

48. HR 15 juni 2010, *NJ* 2010, 358.

49. Vgl. HR 27 maart 2007, *NJ* 2007, 195.

50. In deze zin ook advocaat-generaal Knigge in (punt 12 en 13 van) zijn conclusie bij HR 15 juni 2010, *NJ* 2010, 358.

openstellen van de mogelijkheid om een ontnemingsmaatregel te vervangen door een geheel op profijtontneming gerichte geldboete het gevaar in zich draagt dat essentiële onderdelen van de ontnemingsprocedure, waaronder met name een adequate berekening van het verkregen voordeel, buiten werking worden gesteld. Het zou onverstandig zijn de geldboete te zien als de panacee voor alle ontnemingsgerelateerde complicaties.

In de Memorie van Toelichting op het conceptwetsvoorstel wordt de draagkracht bestempeld tot 'allesbepalende factor' bij het antwoord op de vraag of een geldboete voldoende afschrikkende werking bezit. Als de verdachte (rechtspersoon) beschikt over een grote(re) financiële draagkracht, mag dat strafopdrijvende gevolgen hebben, aldus kan de redenering van de minister op dit punt worden samengevat. Het draagkrachtbeginsel verzet zich daar op zichzelf niet tegen,⁵¹ hoewel het in het stelsel van artikel 24 Sr zoals dat werd ontworpen ter gelegenheid van de invoering in 1983 van de Wet vermogenssancties, uitgesloten is 'dat uitsluitend vanwege zijn grote financiële draagkracht een miljonair een geldboete opgelegd krijgt tot het maximum van de toepasselijke categorie, bijv. terzake van een lichte overtreding'.⁵² De aard en ernst van het delict dat de grondslag vormt voor de oplegging van de geldboete, zijn aldus medebepalende factoren voor de omvang (en daarmee de afschrikwekkendheid) van de geldboete. Dat is uiteraard weinig verrassend, maar dat betekent ook dat de draagkracht hier, anders dan de minister beweert, *in abstracto* niet de 'allesbepalende factor' kan zijn. Wat daar verder ook van zij, de door de minister voorgestelde voorziening die het mogelijk maakt om boven de zesde geldboetecategorie uit te straffen, zal *in concreto* pas toepassing kunnen vinden als de aard en ernst van het betreffende strafbare feit dat rechtvaardigen. Dat roept de vraag op naar de redenen om die voorziening te formuleren zoals zij is opgesteld. De minister merkt daarover op:

"De formulering die is gebruikt voor doorbreking van het boeteplafond van de zesde boetecategorie is ontleend aan artikel 57 van de Mededingingswet. Dat artikel bepaalt dat de bestuurlijke boete die kan worden opgelegd wegens overtreding van de Mededingingswet ten hoogste € 450.000 bedraagt 'of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming'. Deze laatste modaliteit wordt nu tevens opgenomen in artikel 23, zevende lid, Sr. Bij de omzet van de rechtspersoon gaat het om de jaaromzet in het voorgaande boekjaar."⁵³

Op basis van artikel 57 lid 1 Mededingingswet bedraagt de bestuurlijke boete (wegens overtreding van artikel 6 lid 1 of artikel 24 lid 1 Mededingingswet⁵⁴), voor zover hier van belang, ten hoogste € 450.000 of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming, in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Een vergelijking van artikel 57 lid 1 Mededingingswet met de door de minister voorgestelde bepaling leert dat de 'om-

51. Vgl. *Kamerstukken II 1981/82*, 15 012, nr. 5, p. 14 en *De Hullu 2002*, p. 24 alsmede F.W. Bleichrodt, *Het strafrechtelijk sanctiestelsel in de revisie* (preadvies NJV), Deventer: Kluwer 2002, p. 161-162.

52. J.W. Fokkens, aant. 1 bij artikel 24, in: Noyon/Lagemeijer/Rommelink, *Wetboek van Strafrecht*.

53. Conceptmemorie van Toelichting, p. 11.

54. Zie artikel 56 lid 1 Mededingingswet. Artikel 6 lid 1 Mededingingswet verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Artikel 24 lid 1 Mededingingswet verbiedt ondernemingen misbruik te maken van een economische machtspositie.

zet' in de Mededingingswet nader wordt gespecificeerd – de omzet in 1) het boekjaar voorafgaande aan 2) de beschikking (tot oplegging van de bestuurlijke boete) – terwijl die specificering in de voorgestelde toevoeging aan artikel 23 lid 7 Sr ontbreekt.⁵⁵ In de toelichting merkt de minister ten aanzien van punt 1) weliswaar op dat het de jaaromzet in het voorgaande boekjaar betreft, maar het had om redenen van rechtszekerheid en, in verband daarmee, legaliteit voor de hand gelegen om dit eveneens in de voorgestelde wettekst tot uitdrukking te brengen.

Waar de Mededingingswet bij punt 2) uitgaat van de omzet in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking, hult, als gezegd, de voorgestelde aanvulling van artikel 23 lid 7 Sr zich dienaangaande in stilzwijgen. Weliswaar is de formulering 'ontleend' aan de Mededingingswet, maar dat roept de vraag op om welke reden de minister achterwege heeft gelaten duidelijk te maken aan welk ijkmoment 'de jaaromzet in het voorgaande boekjaar' wordt gerelateerd. Is dit een welbewuste omissie en wil de minister op dit punt afwijken van het systeem van de Mededingingswet? Zo ja, wat is dan het ijkmoment? Is dat het moment van het voltooien van het delict, ook indien de pleegperiode ruimer is dan één boekjaar? Of is dat wellicht toch het moment waarop het oordeel van de strafrechter wordt uitgesproken of misschien het tijdstip waarop dat oordeel onherroepelijk wordt? Als dat laatste het geval is, kunnen rechtspersonen er belang bij hebben om na het plegen van het delict vooral zo weinig mogelijk omzet – en in elk geval minder dan tien maal het reguliere boetemaximum van € 780.000 – te genereren, of wellicht zelfs op de fles te gaan. Dat laatste is niet bevorderlijk voor de inbaarheid van een op te leggen geldboete. Tegen de achtergrond van dit laatste zou een van de Mededingingswet afwijkende lezing – in die zin dat voor de toepassing van het voorgestelde artikel 23 lid 7 Sr wordt uitgegaan van de omzet in het boekjaar voorafgaand aan het voltooien van het delict – kunnen worden verdedigd. Als deze lezing juist is, vergt dat – reeds vanwege het genoemde afwijkende karakter ervan – een toelichting van de minister.

De Memorie van Toelichting bij het (toenmalige) wetsvoorstel Mededingingswet houdt onder meer het volgende in omtrent de omvang van de boete:

"Bij iedere boetebeschikking zal afgewogen moeten worden hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn. Op grond van het tweede lid dient de directeur daarbij in ieder geval rekening te houden met de ernst en de duur van de overtreding.⁵⁶ Afhankelijk van het geval kunnen ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel en dergelijke. De financiële positie van de onderneming speelt in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Hierdoor zou immers een slecht ondernemingsbeleid 'beloond' worden door een lagere boete op te leggen dan zou geschieden aan een onderneming die wel floreert".⁵⁷

Waar de draagkracht van de verdachte rechtspersoon in het conceptwetsvoorstel als 'allesbepalende factor' wordt aangemerkt ten aanzien van de omvang en daarmee afschrikwek-

55. Dat geldt eveneens voor de manier waarop de omzet moet worden berekend. De voorgestelde aanvulling op artikel 23 lid 7 Sr vermeldt daarover niets (en de Conceptmemorie van Toelichting evenmin), terwijl artikel 57 lid 2 Mededingingswet bepaalt dat de berekening van de omzet geschiedt op de voet van artikel 2:377 lid 6 BW voor de netto-omzet. Het laatstgenoemde artikellid houdt in dat onder de netto-omzet wordt verstaan de opbrengst uit levering van goederen en diensten uit het bedrijf van de rechtspersoon, onder aftrek van kortingen en dergelijke en van over de omzet geheven belastingen.

56. Het tweede lid is bij Aanpassingswet vierde tranche Awb vervallen onder vernummering van het derde lid tot tweede lid: *Stb.* 2009, 265. Zie daarover *Kamerstukken II* 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 37 e.v.

57. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 88.

kendheid van de geldboete, lijkt de bepaling waarop dit voorstel is geïnspireerd een andere richting op te wijzen: de financiële positie van de onderneming speelt in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Dat wekt, minst genomen, de suggestie dat (althans in artikel 57 Mededingingswet) van draagkrachtoverwegingen moet worden geabstraheerd. Dat wil de minister in de voorgestelde aanvulling van artikel 23 lid 7 Sr nu juist niet doen. Natuurlijk kan de wetgever nieuwe wetgeving inzetten om op bepaalde punten – zoals dat van draagkrachtoverwegingen – de bakens te verzetten, maar dan mag wel worden verlangd dat hij inzichtelijk maakt dat en waarom hij daartoe overgaat. De minister is daar met dit conceptwetsvoorstel niet in geslaagd.

Het strekt daarom tot aanbeveling dat de minister de onderlinge verhouding tussen de verschillende vermogenssancties nog eens goed doordenkt, met bijzondere aandacht voor het sanctiestelsel ten aanzien van rechtspersonen. Een dergelijke exercitie zou hem tot het inzicht kunnen brengen dat de hierboven onder 2 genoemde kostenafrek en de in deze paragraaf besproken aanvulling van artikel 23 lid 7 Sr vooral onduidelijkheid teweegbrengen en daarom maar beter niet kunnen worden ingevoerd. In plaats daarvan zou introductie van een motiveringsplicht voor de rechter in overweging kunnen worden genomen die ertoe leidt dat een rechter bij de oplegging van een geldboete of verbeurdverklaring inzichtelijk maakt in hoeverre de betreffende sanctie mede strekt ter afroeping van het door het strafbare feit verkregen voordeel. Dat zou de toepassing van artikel 36e lid 9 Sr door de ontnemingsrechter aanzienlijk vergemakkelijken.⁵⁸

4 Verhoging van de strafmaxima ter zake van witwassen

4.1 *Het voorstel van de minister*

De minister wil met betrekking tot de strafbaarstelling van witwassen het strafmaximum op vier verschillende manieren verhogen. Allereerst wordt het strafmaximum op het opzetwitwassen van artikel 420bis Sr verhoogd van vier jaar naar zes jaar gevangenisstraf, 'teneinde deze zeer kwalijke vorm van misdaad in alle gevallen effectief te kunnen bestrijden'. Met de verhoging van het strafmaximum kan niet alleen van een ruimer strafvorderlijk instrumentarium gebruik worden gemaakt, maar het is 'vooral het kwalijke karakter van witwassen dat aanzet tot een verhoging van straffen. Witwassen van opbrengsten van ernstige misdrijven zoals drugshandel en mensenhandel moet in vele opzichten als net zo ernstig worden beschouwd als het plegen van die misdrijven zelf. Dat moet meer tot uitdrukking komen in de toepasselijke straf.'⁵⁹ Voorts wordt een strafverhoging voorgesteld ter zake van het gewoontewitwassen (artikel 420ter Sr), van zes jaar naar acht jaar. Deze verhoging ligt overigens in lijn met hiervoor genoemde verhoging, omdat het op zich consequent is om gewoontewitwassen zwaarder te bestraffen dan enkelvoudig witwassen. Echter, en dan zijn wij bij de als derde voorgestelde verhoging, de minister wil het strafmaximum van acht jaar ook laten gelden voor de persoon die zich schuldig maakt aan (enkelvoudig) opzetwitwassen 'in de uitoefening van zijn beroep'. De minister heeft daarbij het oog op onder anderen 'belastingadviseurs of advocaten, maar ook bankiers, die de specifieke mogelijkheden die de uitoefening van hun beroep daartoe biedt misbruiken voor het verhullen en wegsluizen van misdaadgeld'. Tegen dergelijke lieden moet krachtig worden opgetreden: 'Hun handelen

58. Artikel 36e lid 9 Sr luidt: 'Bij de oplegging van de maatregel wordt rekening gehouden met uit hoofde van eerdere beslissingen opgelegde verplichtingen tot betaling van een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel'. De wetgever heeft dit voorschrift niet ingevoerd specifiek met het oog op de afroomboete, maar de belangrijkste functie van het voorschrift is wel gelegen in de afstemming tussen een eventuele afroomboete en de ontnemingsmaatregel. Zie Borgers 2001, p. 383-385.

59. Conceptmemorie van Toelichting, p. 5.

besmet de goede naam van de beroepsgroep waartoe zij behoren en zij verloochenen in voorkomende gevallen ook de rol van poortwachter die de overheid hen op grond van hun beroep of ambt heeft toebedeeld.⁶⁰ Tot slot stelt de minister voor om het strafmaximum op het schuldwitwassen van artikel 420quater Sr te verhogen: van één jaar naar twee jaar gevangenisstraf. Dat is, nota bene, hetzelfde strafmaximum dat in artikel 307 lid 1 Sr wordt gesteld op dood door schuld. De reden voor deze verhoging voor schuldwitwassen is, zo stelt de minister, dat 'deze gedraging veel dichter tegen het opzettelijk witwassen aan [ligt] dan in de strafbedreiging tot uitdrukking komt.' Ook hier wordt daadkrachtig optreden noodzakelijk geacht: 'Het is onaanvaardbaar dat personen die een luxelevens leiden omdat zij geld en geschenken aannemen van criminelen, en daarmee rechtstreeks profiteren van het plegen van ernstige misdrijven als drugs- of mensenhandel, slechts een geringe straf riskeren.'⁶¹

4.2 Kanttekeningen

De strafmaximumverhogingen die de minister voorstelt, zijn bepaald fors. Bij het gewoonte-witwassen gaat het om een verhoging met 33%, bij het (enkelvoudige) opzetwitwassen betreft de verhoging 50% en ten aanzien van het schuldwitwassen is de verhoging zelfs 100%. Een verdubbeling doet zich *de facto* ook voor ten aanzien van het (enkelvoudige) witwassen in de uitoefening van een beroep, want dat valt nu nog onder artikel 420quater Sr met een strafmaximum van vier jaar, maar geldt straks als gekwalificeerde vorm van witwassen met een maximum van acht jaar. Deze verhogingen zijn van dien aard dat men zou verwachten dat de noodzaak hiertoe duidelijk wordt toegelicht aan de hand van strafzaken waarin daders van complexe witwashandelingen zijn weggekomen met evident onbevredigende straffen. Of van zaken waarin het geldende strafmaximum tot ernstige knelpunten ten aanzien van de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden heeft geleid. Een toelichting in die zin ontbreekt, en dat terwijl de voorbeelden bepaald niet voor het oprapen liggen. Zo valt lastig in te zien tegen welke strafvorderlijke beperkingen men zou aanlopen. Mede gellet op de huidige strafmaxima is bij een verdenking van witwassen sprake van een geval in de zin van artikel 67 lid 1 Sv, waarmee aan een belangrijke toepassingsvoorwaarde voor de bijzondere opsporingsbevoegdheden wordt voldaan. Wat een hoger strafmaximum dan toevoegt, is niet duidelijk. Wil de minister voortaan in relatie tot witwassen ook actief DNA-verwantschapsonderzoek inzetten?⁶² De minister vermeldt niet meer dan dat een verhoging van de strafmaxima door het openbaar ministerie wenselijk wordt geacht, maar de redenen die het openbaar ministerie daartoe heeft, blijven eveneens onvermeld.⁶³ Het heeft er dan ook alle schijn van dat het voorstel van de minister niet zozeer op overwegingen van feitelijke aard berust, maar veeleer door normatieve overwegingen wordt ingegeven: het gaat hier om kwalijke feiten en daar kan niet hard genoeg tegen worden opgetreden. Hoe vertrouwd (voor sommigen) dat geluid inmiddels wellicht ook is, het is bepaald onbevredigend om uitsluitend op basis van dergelijke overwegingen tot aanpassing van de strafmaxima over te gaan. Vier punten zijn dan van belang, waarvan er twee betrekking

60. Conceptmemorie van Toelichting, p. 6. Deze gekwalificeerde vorm van witwassen wordt opgenomen in een nieuw toe te voegen tweede lid aan artikel 420ter Sr.

61. Conceptmemorie van Toelichting, p. 6.

62. Vgl. artikel 151da lid 3 en 195g lid 3 Sv.

63. Die redenen zullen naar het ons voorkomt niet gelegen zijn in de voorziening die in artikel 3 lid 1 (van het nog niet in werking getreden) Besluit processtukken in strafzaken (*Stb.* 2011, 602) is vervat: 'Indien het procesdossier een strafzaak betreft van een misdrijf dat met zes jaar gevangenisstraf of meer is bedreigd, draagt het openbaar ministerie ervoor zorg dat uiterlijk op het tijdstip waarop de dagvaarding ter terechtzitting in eerste aanleg is betekend, een proces-verbaal houdende een chronologisch verslag betreffende verrichte opsporingshandelingen in die strafzaak aan de processtukken wordt toegevoegd.'

hebben op de kwaliteit van de toelichting en twee op de toegevoegde waarde van het voorstel.

Ten eerste, bij de introductie van de strafbaarstelling van witwassen heeft het openbaar ministerie reeds de wens te kennen gegeven te voorzien in hoge – en hogere dan de toentertijd gekozen – strafmaxima. De toenmalige minister heeft toen die wens niet gehonoreerd en in plaats daarvan vrij uitvoerig aangegeven, mede op basis van rechtsvergelijkend materiaal, waarom hij voor de huidige strafmaxima heeft gekozen. Zorgvuldige wetgeving vereist dat in elk geval wordt gemotiveerd om welke redenen de destijds aangevoerde argumenten hun zeggingskracht hebben verloren, zodat daarover ook een open debat kan worden gevoerd. Ten tweede, de argumenten die de minister thans bezigt zijn niet alle zuiver van aard. In het bijzonder de verhoging met betrekking tot schuldwitwassen is aanvechtbaar. De minister stelt dat schuldwitwassen ‘veel dichter’ tegen opzetwitwassen aanligt dan in de strafbedreiging tot uitdrukking komt. Maar dat onderbouwt hij – zo er al sprake is van onderbouwing – door een beroep te doen op de onaanvaardbaarheid van het aannemen van geld en geschenken van misdadigers. Maar dat is natuurlijk niet de kern van de zaak. Ook de strafbaarstelling van schuldwitwassen berust op de gedachte dat dergelijke handelingen onaanvaardbaar zijn. Waar het om gaat, is dat het voor de verwijtbaarheid en dus ook voor het strafmaximum uitmaakt of men die handelingen verricht *wetende* dat de voorwerpen (middellijk of onmiddellijk) uit enig misdrijf afkomstig zijn, dan wel terwijl men *redelijkerwijs moet vermoeden* dat een dergelijke herkomst bestaat. De minister stelt dus eigenlijk dat opzet en culpa bij witwassen tamelijk dicht bij elkaar liggen, zonder dat dit feitelijk aanneemelijk wordt gemaakt. Gegeven het feit dat het onderscheid tussen opzet en culpa in meerdere opzichten van fundamentele betekenis is in het strafrecht, gaat het hier dan ook zonder meer om een lichtzinnig voorstel.

Ten derde, gesteld dat met de minister zou mogen worden aangenomen dat er momenteel een deficit in de bestrijding van het witwassen bestaat, is het de vraag of dat gat wordt gevuld door een verhoging van de strafmaxima. Die vraag is uiterst belangrijk, en met Groenhuijsen zouden wij willen aannemen dat het antwoord eigenlijk betrekkelijk eenvoudig is: het is niet de strafbedreiging, maar veeleer het gebrek aan handhavingscapaciteit – dat zich vertaalt in een betrekkelijke lage pakkans – dat als kernprobleem moet worden beschouwd.⁶⁴ Ten vierde, bedacht dient te worden dat het uitvoeren van witwashandelingen, zeker wanneer gekozen wordt voor een complexe witwasstrategie, nogal eens gepaard gaat met andere strafbare feiten, waaronder valsheid in geschrift, terwijl de samenwerking ter zake van het witwassen – om grote sommen effectief weg te sluizen is samenwerking (vrijwel) onontbeerlijk – al snel zal kwalificeren als deelname aan een criminele organisatie. Strafrechtelijke vervolging zal dan niet beperkt blijven tot het witwassen, met als gevolg dat – bij veroordeling wegens meerdere feiten – de regeling van de meerdaadse samenloop, met de daarbij behorende verhoging van het strafmaximum, aan de orde is. Verhoging van de strafmaxima van de witwasdelicten zorgt dan alleen maar voor nog meer opwaartse druk.

4.3 Een gemiste kans

Gelet op de vorenstaande kanttekeningen zal het duidelijk zijn dat wij de argumenten die de minister aanvoert ter verhoging van de strafmaxima van de witwasdelicten, niet kunnen onderschrijven, en dat wij ook overigens de noodzaak voor de voorgestelde wijzigingen niet onderschrijven. Het is teleurstellend om te constateren dat de minister alleen lijkt te zoeken

64. M.S. Groenhuijsen, ‘Consistentie en differentiatie: ondermaatse prestaties in de strafrechtsketen’, *DD* 2012, 44.

naar mogelijkheden om de strafbaarstelling van het witwassen te verruimen. Terwijl de ontwikkelingen in de rechtspraak van de afgelopen jaren veeleer duidelijk maken dat een beperking van de reikwijdte van de witwasmisdrijven in overweging zou moeten worden genomen. Wij hebben dan het oog op de rechtspraak van de Hoge Raad waarin paal en perk is gesteld aan de zogeheten 'automatische verdubbeling' van strafbaarheid en ook grenzen zijn getrokken in verband met de mogelijkheid van vermenging van illegale en legale gelden.⁶⁵ Het voert te ver om deze rechtspraak hier integraal te bespreken. Waar het om gaat, is dat in de rechtspraak duidelijk is geworden dat de witwasdelicten thans dusdanig ruim zijn opgezet dat onder omstandigheden gedragingen naar de letter van de wet strafbaar zijn, terwijl die gedragingen feitelijk niets van doen hebben met het verbergen of verhullen van de herkomst van de betrokken voorwerpen. Het zou voor de hand hebben gelegen wanneer de minister had getracht om deze rechtspraak te codificeren door reeds in de tekst van de wet enkele beperkingen in de reikwijdte van de witwasmisdrijven tot uitdrukking te brengen.⁶⁶ Daar komt bij dat juist de hier besproken rechtspraak laat zien dat de witwasgedragingen waarvoor in de praktijk wordt vervolgd, veelal niet voldoen aan het beeld van het op spitsvondige wijze heimelijk wegsluizen van grote sommen geld. Veeleer komt naar voren dat personen die een vermogensdelict hebben begaan, nogal eens tevens worden vervolgd voor witwassen, terwijl geen bijzondere handelingen zijn gesteld met betrekking tot de opbrengst van dat vermogensdelict.⁶⁷ Zou dat niet te denken moeten geven?

5 Tot besluit

Wij willen op deze plaats niet al onze bevindingen herhalen. De rode draad is duidelijk: het hier besproken conceptwetsvoorstel illustreert onmiskenbaar de daadkracht van de huidige minister, maar of de strafrechtspleging daadwerkelijk wordt geholpen met de voorgestelde wijzigingen, is zeer de vraag. De toegevoegde waarde van de voorstellen is in meerdere opzichten onduidelijk of onaannemelijk, terwijl op onderdelen moet worden verwacht dat die voorstellen zullen leiden tot ongewenste complicaties.

Het conceptwetsvoorstel berust, zoals gezegd, op de gedachte dat financieel-economische criminaliteit slagvaardiger moet worden aangepakt. De vraag die de minister echter overslaat, is of een slagvaardiger aanpak wel enigerlei wijziging van de wet vereist. Wij hebben dat reeds aangestipt in relatie tot de verhoging van de strafmaxima van de witwasdelicten, maar in feite raakt deze vraag het conceptwetsvoorstel als geheel. Het komt ons voor dat de minister er verstandig aan zou doen om een alternatieve hypothese te onderzoeken, namelijk dat wijziging van de wet – althans voor de in deze bijdrage besproken onderdelen – niet nodig is, juist omdat de Nederlandse strafwetgeving al zoveel mogelijkheden bevat voor een slagvaardige aanpak. Dat wij deze alternatieve hypothese naar voren schuiven, is niet zo maar een retorische truc. Wie het recente voorstel van de (Europese) Commissie betreffende de bevrozing en confiscatie van opbrengsten van misdrijven in de Europese Unie bestudeert,⁶⁸ zal het opvallen dat Nederland thans reeds vrijwel geheel voldoet aan de ver-

65. HR 5 september 2006, *NJ* 2006, 612 m.nt. M.J. Borgers, HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008, 16 m.nt. M.J. Borgers, HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010, 655 m.nt. N. Keijzer en HR 23 november 2010, *NJ* 2011, 44 m.nt. N. Keijzer.

66. Daarbij zou dan ook aandacht kunnen worden besteed aan de mogelijkheid en wenselijkheid om bepaalde fiscale delicten te laten gelden als gronddelict voor witwassen. Vgl. HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 94 m.nt. M.J. Borgers.

67. Zie voor een voorbeeld HR 7 februari 2012, *NJ* 2012, 116.

68. COM(2012) 85 def.

plichtingen die uit deze – voor sommige andere lidstaten bepaald ambitieuze – richtlijn voortvloeien.⁶⁹ Dat is in dit verband bepaald veelzeggend.

69. Dat Nederland tot de koplopers mag worden gerekend, blijkt ook uit voorstudies die door of in opdracht van de Commissie zijn gemaakt voorafgaand aan het opstellen van het voorstel voor de richtlijn.

De voorbereiding van getuigen in strafzaken²

66

1 Inleiding

Het ter terechtzitting horen van getuigen is nooit zonder risico's. Ook een door een van de procesdeelnemers zelf voortgebrachte getuige kan immers – vanuit het perspectief van die procesdeelnemer – onverwacht schade toebrengen aan de zaak. Dit kan liggen aan zowel de presentatie ter terechtzitting (de getuige gedraagt zich bijvoorbeeld zeer nerveus of onzeker) als aan de inhoud van de verklaring (de getuige verklaart bijvoorbeeld tegenstrijdig met een eerder afgelegde verklaring). Dergelijke problemen kunnen – tot op zekere hoogte – voorkomen worden door met een getuige voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting de verklaring voor te bereiden.

Onder het voorbereiden van een getuige in een strafzaak, ook wel getuigenverificatie genoemd,³ wordt verstaan het hebben van (persoonlijk) contact tussen een procespartij en een getuige met het oog op het afleggen van een verklaring ter terechtzitting, teneinde de (inhoudelijke) presentatie van de getuigenis te verbeteren.⁴ Het stelt de raadsman tevens in staat meer inzicht te krijgen in hetgeen de getuige kan toevoegen aan de zaak.⁵ In Nederland bestaat nauwelijks aandacht voor het voorbereiden van getuigen. Dit staat in schril contrast met de situatie in de Verenigde Staten van Amerika, waar de procesvoering juist een rijke cultuur van voorbereidingen met getuigen voor de terechtzitting kent.⁶ Er wordt veelvuldig gewezen op het grote belang ervan voor het strafproces. De lijst met boeken, artikelen en teksten is dan ook omvangrijk.⁷ De *American Bar Association* verstrekt informatie over getuigenverificatie en biedt cursussen aan over voorbereidingsvaardigheden. Er wordt veelvuldig gebruik gemaakt van *trial consultants*, specialisten die zich begeven op het terrein van de getuigenvoorbereiding.⁸

1. Docent/onderzoeker straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

2. Citeerwijze: L. Kesteloo, 'De voorbereiding van getuigen in strafzaken', *DD* 2012, 66.

3. E. van Sliedregt e.a., 'Kroniek van het Internationale en Europese strafrecht', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 921.

4. Ontleend aan J.S. Applegate, 'Witness Preparation', *Texas Law Review* 1989, p. 278. Ook het oefenen met een zogenaamde 'vijandige' getuige (een getuige voor de zaak van de tegenpartij), kan als getuigenverificatie worden aangemerkt.

5. In dit artikel worden 'advocaat' en 'raadsman' als inwisselbare termen gehanteerd.

6. Applegate 1989, p. 279.

7. Zo wordt aan getuigenverificatie in de Nederlandse literatuur dan ook nauwelijks aandacht besteed, terwijl de Amerikaanse literatuur veel uitgebreider ingaat op verschillende aspecten van deze praktijk (zoals de ethische grenzen, voor- en nadelen, de manier waarop de praktijk vorm heeft gekregen, etc.). Zie onder andere E. Lewis, 'Witness Preparation: What Is Ethical, and What Is Not', *Litigation* 2010, p. 42: 'Clearly, the preparation of witnesses in the United States is both accepted and expected [...]'; P.J. Kerrigan, 'Witness Preparation', *Texas Tech Law Review* 1999, p. 1367-1382. Zie verder ook W.A. Brocket & J.W. Kecker, *Effective Direct & Cross Examination*, Berkeley: California Continuing Education at the Bar 1986, p. 22-23, 26-29 (met daarbij W.A. Brocket, Update December 1995); R.C. Wydick, 'The Ethics of Witness Coaching', *Cardozo Law Review* 1995, p. 1-52; R.K. Flowers, 'Witness preparation: regulating the Profession's "Dirty little secret"', *Hastings Constitutional Law Quarterly* 2011, p. 1007-1027.

8. Omdat het optreden van *trial consultants* onvoldoende gereguleerd is, bijvoorbeeld wat de gestelde kwaliteitseisen betreft, wordt de praktijk hierdoor nog ongrijpbaarder. Zie voor deze discussie N. Le-Grande & K.E. Mierau, 'Witness Preparation and the Trial Consulting Industry', *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2004, p. 947-960.